

Title	所謂裏書の移転的効力そのものに関する学説序説 : ドイツの学説について
Author(s)	手塚, 尚男
Citation	大阪外国語大学学報. 17 p.223-p.232
Issue Date	1967-03-25
oaire:version	VoR
URL	<a href="https://hdl.handle.net/11094/80285">https://hdl.handle.net/11094/80285</a>
rights	
Note	

*Osaka University Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

# 所謂裏書の移転的効力そのものに

## 関する学説序説

— ドイツの学説について —

手 塚 尙 男

I. 所謂裏書の移転的効力に関し論ずべき問題として、例えば抗弁切断とか、従たる権利の移転とかがあるが、本稿は、所謂移転的効力そのものに関する裏書の意味について考察しようとするものである。このテーマについての学説の分布図を叙述する場合に、学説を種々の標準により種々にわかつことが可能である。本稿では、手形の構成要素である化体する権利と表示物体を考えて、先ず裏書の表示物体（証券）乃至化体する権利についての移転作用を認める学説と認めない学説にわけ、認める学説を、証券と化体する権利の双方について認める学説とどちらか一方のみについて認める学説とにわかし、どちらか一方のみについて認める学説を、証券についてのみ認める学説と化体する権利のみについて認める学説にわかつという標準によることにする。次に、裏書の移転作用を認める学説につき、これを裏書以外の方法の譲渡行為による移転を認める学説と認めない学説にわかつという標準によることにする。これは、極めて表面的な考察に基づく標準のたてかたであるが、いわば実用的側面に着眼してたてられた標準によるわけかたであると考え、以上の分類に従って叙述する次第である。<sup>①</sup>

① 被裏書人の取得する権利が独自のものであり、裏書人の権利の瑕疵から自由であり、このように強化された権利であると想定するならば、証券と化体する権利の双方を移転すると構成するのと、証券のみを移転し、化体する権利は証券の取得により原始取得すると構成するのとは、技術的な問題にすぎないのであり、たいした異差はないように解される（Vgl. Staub-Stranz, Wechselgesetz, Anm. 5 zu Art. 14.）。

また、Grünhut乃至Dernburgが、化体する権利の承継ではなく地位の承継であり、当該地位から独自な権利を原始的に取得するというときに、当該理論を化体する権利についてのみ移転を認める学説の中に入れるのは、厳密には正しくないのであるが、しかしなお、地位の承継であって、証券の承継を認めないこと、また地位と化体する権利の関係を考えると、譲渡される権利が強化されたものであるとするならば、原始取得とするか、或は承継取得とするかは、これまた技術的な問題にすぎないと考察されるから、当該理論を移転作用を認めない範疇に入れるのも妥当でないと思うので、実際の便宜に従って、債権についてのみ認める範疇に入れても良いと考えるのである。

II. 裏書の証券乃至化体する権利についての移転作用は、これを認める学説と認めない学説にわかつことができ、これを認める学説は、さらに証券と化体する権利の双方について認める学説と、いずれか一方のみについて認める学説にわかつことができる。

(1) 証券と化体する権利の双方につき移転作用を認める学説に Staub, O. v. Gierke, Jacobi, Rehfeldt などの学説が存すると考える。

先ず, Staub は, 完全裏書は, 所有権移転を有形的に (materiell) 目的とする (hinzielen) 譲渡契約と結合してのみ手形所有権譲渡の効果を生ぜしめ得, その場合においてはドイツ手形条例第 10 条により裏書の物権移転効は手形からのすべての権利の移転をも必然的に, しかも物権移転効が生ずる場合は, 当事者間の合意によっても債権移転効を除外しえない程必然的に誘発する。という見地にたっている<sup>①</sup>。③③

O. v. Gierke<sup>④</sup> は, 譲渡は有価証券と有価証券に化体する権利に同時関係的であると述べる。そして, 当該譲渡は, 譲渡行為を規律する規定に従った——債権譲渡行為もかかる行為である——行為と引渡を必要とする, というのである。そして, 「裏書は, 何よりも先ず, 指図証券の譲渡に奉仕する。この譲渡は, 所有権移転に関する合意と完全裏書により効力が生じる。完全裏書は所有権移転の合意が存在しているとの推定を基礎づけ, 被裏書人に所有者資格を与える。しかし, 所有権の譲渡は, 必ず, 所有権譲渡の合意に必然的に依存して生じるのである。」<sup>⑤</sup>とする。

Jacobi の見解は以下の通りである。裏書は手形からの権利を譲渡する手段であるということが先づドイツ手形条例第 9 条乃至第 10 条によって確立せられねばならない。当該確立は, 実際必要なのである。蓋し, 第 1 に, 普通法理論によれば債権譲渡は債権の概念から認められなかったのであり, 債権移転の法律構成は更改によっていたのであり, また第 2 に, ローマ法は, 譲受人は譲渡人の有した権利とは別箇の権利しか主張できない債権譲渡 (Zession) しか知らなかったからである。<sup>⑥</sup> 完全裏書は原則として所有権譲渡の手段であるということは, 殊にドイツ手形条例第 17 条から生じる。<sup>⑦</sup> しかし, 所有権移転のためには裏書人の所有権譲渡の意思が必須なのである。<sup>⑧</sup> 裏書は必ず被裏書人に資格を与える。即ち, 手形からの権利も亦原則として移転する。しかし, そのためには所有権の譲渡が必要なのである。「しかし, 権利については, 物権法原理のみを支配せしめることはできない。正当になされた裏書は原則として所有権乃至権利の譲渡の意思を示すので, 裏書は所有権者乃至権利者としての資格を授与するべきである。裏書は最初の意思証券を補充するものにほかならない。従って, 無主物先占, 紙が独立の価値を取得するとき, 時効, 証券の発見による手形及び手形からの権利の取得はありえない。2, 3 の者が夫々 2, 3 の白地式裏書のなされた記名証券 (Namenpapier) をもっているとする。これらの証券がおたがいに決定できないほど混合するときのみ, 従来の所有者は共有権者となるべきものと解する (B. G. B. 第 97 条以下)。以上のことによればただ物権法原理のみにより証券の所有者となる者すべてが必ずしも指図証券からの権利者となるのではないが, 他方において証券に対する所有権と証券からの権

利は一致する、故に、物権法理が証券たる素材 (Papierstoff) の移転にのみ 関して適用されうることがあきらかとなる、たとい一者が所有者であり、他者が債権者となるようなことのないように証券からの権利が移転しても同じである。裏書行為乃至証券の引渡 (外面的資格の確立) と証券に対する所有権と証券からの権利は取得者に 移転するとの契約は、それ故に証券の所有権移転の部分を構成する。多くの白地式裏書のある指図証券の混合の場合と夫々の 指図証券の加工の場合にのみ例外を構成する。」<sup>⑨</sup>

Rehfeldt の見解は以下の通りである。<sup>⑩</sup> 手形法第14条 1 項は、裏書の 移転作用につき、裏書は「手形より生ずる一切の権利を移転する。」と述べている。それにもかかわらず、ここでもまた法律効果は、書面行為 (Skripturakt) のみによっては発効せず、かえって裏書のある証券の譲渡と結合してのみ発効するのである。譲渡当事者は、手形に対する所有権の移転 につき合意をせねばならないのである (RGZ 117 S. 69 ff.)。被裏書人は、証券に対する所有権を取得した場合に始めてそこに化体する権利を取得するのである。裏書人は、裏書のある手形の譲渡によって証券に対する所有権と証券から生じる権利を被裏書人に譲渡する。被裏書人は、証券に記載せられた権利が化体にまで高められた、証券の 資格力 (die bis zur Verkörperung des verbrieften Rechtes gesteigerte Legitimationskraft der Urkunde) を基礎として、それによって譲渡人自身が有しておらなかった権利を取得することができるのである。証券に対する所有権の 移転が裏書人・被裏書人間に存するという点については学説の争がない。しからば、手形から生じる権利は、しかしながら、概念必然的に同様に証券に伴うのが理である。故に、被裏書人は手形乃至手形より生ずる権利につき裏書人の権利承継者となる。

① Staub, Kommentar zur allgemeinen deutschen Wechselordnung, 5. Aufl., 1907, Anm. 3 zu Art. 9 und Anm. 2 zu Art. 10.

② Staub は、一方裏書の物権移転効と債権移転効を厳格に区別し、債権移転効はドイツ手形条例第10条で、物権移転効はドイツ手形条例第9条で扱われるということをはっきり強調するが、他方彼は、手形に対する所有権は明らかに債権移転の効果のみに向けられた契約によってもまた取得せられうるかの如く述べる §§ 8, 9, 11 zu Art. 9 では、従って、証券に対する権利と証券から生じる権利の限界を抹殺している。

③ Vgl. auch Mayer, Rezension über Wulffs "Das Vollindossament zu Inkassozwecken", in der kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 36, S. 409. Mayer は、ドイツ手形条例に決定的な影響を及ぼした (と彼は解している), A. L. R. 及び仏商法典の、諸規定の上に彼の裏書の移転効に関する見解を打ち立てている。Vgl. ferner Büsing, Wesen und Wirkungen des Indossaments in der heutigen deutschen Gesetzgebung, Rostocker Inaugural-Dissertation, 1903, S. 18 ff., 25 ff., 164 ff. Büsing は、裏書を債権譲渡の一種だと解し、移転効を裏書の唯一の本質的特性だと解している。

④ O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 2 : Das Sachenrecht, 1905, S. 164 ff.

⑤ O. v. Gierke, a.a. O., S. 150 f.

⑥ Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht des deutschen Reichs, 1901, S. 43.

- ⑦ Jacobi, a. a. O., S. 42.
- ⑧ Jacobi, a. a. O., S. 45.
- ⑨ Jacobi, a. a. O., S. 249 f. また, Jacobi, Die Wertpapiere als Legitimationsmittel, 1906, S. 12, 15, 16. をも参照せられたい。
- ⑩ B. Rehfeldt, Wertpapierrecht, 1952, S. 56, 58 f.

いずれか一方のみについて認める学説は、これをさらに証券についてのみ認める学説と債権についてのみ認める学説にわかつことができる。

(2) 証券のみについて認める学説として, Goldschmidt, Lehmann, v. Canstein, J. v. Gierke, Wieland, Gunz が存すると解する。

まず, Goldschmidt の見解は, 以下の通りである。彼<sup>⑦</sup>によれば, 「指図手形において受取人として, 或はその手形における記名式裏書 (Orderindossament) (白地式でも同じ) により被裏書人として表示されている者は, 譲渡の根底を顧慮する要なく, 然り, 当該の契約目的 (所有権譲渡, 担保権設定, 代理権授与等々) を顧慮する要なく, これらの形式だけで有効な法律行為である当該表示 (Bezeichnung) によって誠に有価証券に対する所有権とそれ故に有価証券からの債権を取得しているのである。」Goldschmidt は, 破産法審議のための旧ドイツ帝国議会委員会の会議においてもまた裏書のほかになお手形に対する所有権の譲渡に関する当事者間の合意は不必要だとする見解を甚だ執拗に擁護した<sup>⑧</sup>。さらに, Goldschmidt は, 「手形の所有権者は, ……<sup>(3)</sup>なるほど, 本来の (eigentlich) 完全又は白地式裏書によって手形を譲渡するが, 所有権譲渡の意思なくしてなす, 振出人・受取人・被裏書人である。」と述べる<sup>⑨</sup>。それ故, Goldschmidt によれば, 所有権移転の効力を生ぜしめるのは, 裏書の形式ではなくて, 裏書において表現されている意思表示なのである。

Lehmann<sup>⑩</sup> は, 完全裏書は証券に対する所有権それ故に証券からの権利を常に移転し, しかも手形債権は所有権から派生し, 所有権移転の法律効果として原始的に取得される, という見解である。<sup>⑤</sup>そして, 「裏書の法律効果は, けれども, 裏書人による一方的な手形への裏書記載によって発生しているということではなく, かえって, 裏書人が手形に対する所有権の譲渡のための法律行為をすること及び, 被裏書人が手形に対する所有権を取得することが, 必要なのである。」<sup>⑥</sup> (所有権授与説——Eigentumsverschaffungstheorie——)

v. Canstein は, 次のような見解である。<sup>⑦</sup>即ち。手形に化体する権利は, 証券に対する所有権の取得により原始取得するのである。そして, Legitimation の記入は書面上の引渡乃至書面上の譲渡である。手形に対する所有権取得につき伝統が, 一方においては記入, 他方においては占有取得によっておきかえられている。それにもかかわらず, 所有権譲渡の効果を発生さすべき譲渡人

と譲受人の直接の意思としての手形の譲渡と譲受という行為は不必要である。即ち、この兩行為は、おたがいに必ずしも結合して存する要はないのである。

彼の見解においては、譲渡の記載にかかわらず譲渡が取消されうるならば手形の流通は妨げられるだろうし、書面こそが、手形債権法においても手形物権法においても、同様に、決定的であろうと思う<sup>⑧</sup>。

次に、Julius von Gierke の見解を述べる<sup>⑨</sup>。即ち。基本原理として、「証券から生じる権利は裏書のある証券に対する権利に従う。」が妥当する。証券より生じる権利の取得は証券に対する所有権の取得によって生じる。裏書の手形上の権利についての移転作用について語ったり、法律が権利の譲渡ということを定めたとするならば、それは精密とはいえない。なぜなれば、無権利者よりの取得ということもまた、可能だからである。証券に対する特殊な権利こそが取得されるというべきなのである。それに基づいて、抗弁の個所で観察するように証券から生じる特殊な権利もまた取得されるということになるのである。彼によっても、手形より生ずる権利の取得は、原始取得であると解されるのである。

Wieland<sup>⑩</sup>は、譲渡裏書 (Vollindossament) はなるほど手形に対する所有権を常に移転するが、必ずしも必然に債権者たる地位をも移転するということはないと主張する。彼は証券に対する権利と証券から生じる権利の不可分離性というドグマに反対し、譲渡裏書 (Vollindossament) と代理裏書の関係はフランス法の正規の裏書と不正規の裏書の関係に相応し、このフランス法の裏書の両方式とも、債権者たる地位をも必ずしも必然的に移転しないということに本質的に彼の推論を依拠せしめている。

Gunz もまた、証券に対する所有権と証券から生じる権利の不可分離性という原則を承認しないという点において Wieland に従う<sup>⑪</sup>。Gunz に従ってもまた、譲渡裏書 (Vollindossament) は常に所有権を移転するが、被裏書人は、ドイツ手形条例第10条によって手形債権者としての並びに債権を行使する形式的資格、という事実的可能性のみを得るにすぎない。そして、所持人が債権者であるかの点の調査を債務者に免じない。以上の結論に、彼は次のような方法で到達するのである。即ち。Gunz は、裏書についてのフランス商法典の規定に立脚する Wieland の推論を承認しない。なぜなれば、フランス商法典はドイツ国民に強制通用力をもたないからである<sup>⑫</sup>。ドイツ手形条例第9条から裏書の物権移転効を導き出す見解に対して、彼は当該第9条にはこれについての何らの論拠も見ないのである。さらに、彼は、当該第9条の意味がどんなであっても、立法者は、議事録から明白であるように、裏書の物権移転効を除外する意思をもってしているとするのである。それにもかかわらず、当該立法者の意思は実現せられておらず、かえって、ドイツ手形条例

第17条・第36条・第73条・第74条から裏書の物権移転効が認められるべきだとする。他方において、Gunz は、裏書の債権移転効は、ドイツ手形条例第10条によって、同条例第9条が物権移転効を規定するのと同程度にのみ確立せられているべきであり、また、同条例第9条が物権移転効を規定するのと同程度にのみ、それは同条例第10条によって述べられているのだと解している<sup>⑬</sup>。けれども、同条例第9条は物権移転作用を認めておらないので、同条例第10条もまた債権移転作用を認めておらないのであるとするのである。さらに、彼は、当該第10条において、実質的な債権者としての地位と無権利者もまた有する形式的資格を同格においているということは考えられないことであるとしている<sup>⑭</sup>。

① Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 13, S. 63 ff.

② Vgl. Hahn, Die gesamten Materialien zur Konkursordnung, 1881, S. 540 ff., 619 ff., 659 ff.

③ Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 8, S. 326.

④ H. O. Lehmann, Zur Theorie der Wertpapiere, in den Festgaben der juristischen Fakultät Marburg zum Doktor-Jubiläum Wetzells, 1890, S. 309, 311.

⑤ H. O. Lehmann, Lehrbuch des deutschen Wechselrechts, 1886, S. 488.

⑥ H. O. Lehmann, Lehrbuch d. deutsch. Wechselrechts, S. 486.

⑦ v. Canstein, Lehrbuch des Wechselrechts, 1890, S. 211 ff.; derselbe, Check, Wechsel und deren Deckung, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 4, S. 248 ff.

⑧ v. Canstein, Lehrbuch des Wechselrechts, S. 210, 211 mit Anm. 11, 219 ff.

⑨ J. v. Gierke, Das Recht der Wertpapiere, 1954, S. 28 f.

⑩ Gunz, Das Vollgiro zu Inkasso-Zwecken, Heft 20 der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Studien, 1903, S. 297 ff.

⑪ Gunz, a. a. O., S. 223.

⑫ Gunz, a. a. O., S. 206.

⑬ Gunz, a. a. O., S. 212, 213.

⑭ Gunz, a. a. O., S. 209.

(3) 債権についてのみ認める学説に、Grünhut, Dernburg が存すると解する。

Grünhut の見解は以下の通りである。裏書の効力につき、善意の被裏書人は常に手形上の権利を証券より原始的に取得するのであるが、裏書人が正当の権利者であるときは、被裏書人は手形上の権利を承継取得するのである<sup>⑯</sup>。「証券の新規の占有者は、たとい実際はそうでなくとも外観上最終の権利者の意思行為と解される証券上の明瞭な文言が存在するときに始めて、独自の (selbständig) 権利を取得する——但し、白地裏書の場合は例外——。新しい善意の (redlich) 取得者が振出人の一方的行為に依拠する債権関係 (das……obligatorische Verhältnis) における独自の債権者となるには、裏書並びに証券の占有だけで必要且つ充分である。」<sup>⑰</sup>「被裏書人は、直前の裏書人に対してのみならず種々の債務者の書面行為に基づく証券から生じる権利を取得する。」<sup>⑱</sup>「裏書は、それ故 (即ち、Grünhut によれば証券に対する所有権が債権者たる地位と一致するの

が原則だとする故) ④証券に対する新所有者が旧所有者の位置にとってかわっているという表示なのであるのが原則である。」⑤

Dernburg の見解は以下の通りである⑥。古い学説は裏書を特殊の債権譲渡だと把握した。しかし、この見解は妥当でない。というのは、被裏書人は裏書人の諸権利を取得するのではなく、裏書人にまつわる抗弁に負けないからである。被裏書人はかえって文言に基づいて手形債務者に対する独自の権利を取得するのである。裏書は従来の手形債権者を排除して新債権者を入れるのである。裏書は地位の承継 (eine successio in locum) を根拠づけるが、しかし前者の権利の承継はこれを根拠づけないのである。裏書は、手形債権者としての Legitimation とそれでもって手形から生じる独自の諸権利を媒介移転 (übermitteln) するのである。裏書の連続により 資格が授与される所の者は、しかも誠実に (in redlicher Weise) 手形の占有を取得するかぎり債権者となる。手形は通常、契約により被裏書人の手中に入るであろうが、しかしこれはなんら本質的な方法ではないのである。また、手形の裏書とは裏面であれ表面であれ補箋であれ謄本であれ手形上になされるべきである書面行為 (ein Skripturakt) であるとする (ドイツ手形条例第11条)。そして、また彼は、Affolter は Goldschmidts Zeitschrift Bd. 29. S. 375 において、「手形所有権は手形上の請求権 (Wechselanspruch) を与える。」と主張するけれども、ドイツ民法第952条によれば逆に「手形上の請求権 (Wechselanspruch) は手形所有権を与える。」ということがいわれるべきであるとする。

① Grünhut, Wechselrecht, 1897, Bd. 1, S. 285 ff.

② A. a. O., Bd. 1, S. 284.

③ Eodem Bd. 2, S. 107.

④ Vgl. Grünhut, a. a. O., Bd. 1, S. 289 ff.

⑤ Grünhut, a. a. O., Bd. 1, S. 288.

⑥ Dernburg, Das Bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens, Bd. 2, Abt. 2, Anm. 4 zu § 249, S. 238, 284, 286 f.

(4) 裏書の移転作用を認めない学説として Thöl, Affolter, Fuß の見解を見出すことができると思う。

Thöl⑦は裏書を為替手形と解している。即ち、「裏書は譲渡せられる(Das Indossament wird begeben.)。為替手形は裏書により譲渡されるというならば、それは不充分である。為替手形は譲渡せられ、裏書も譲渡せられる。為替手形は、裏書の譲渡によってさらに譲渡せられる。」とするのである。また、彼によれば、証券に対する所有権と債権とは何らの必然的連関も存しておらず、たとい事実上多くの場合お互に結合しているとしても、それは全く偶然の関係にすぎないのである⑧。Thöl (1848年) 以来の支配的学説及び ROHG Bd. 24 S. 1 ff. (1871年) の全員判決 (Plenarentscheidung) 以来の判例は、裏書を、手形金額を被裏書人に支払うべき支払人への裏書人の指図として把握している⑨。Thöl の



見解に従えば、被裏書人は、手形から生じる請求権につき裏書人の権利の承継者とはならず、彼自身いぜん（けれども、遡求関係における手形の取得に条件づけられている、今は休止中の）債権者であるところの裏書人と共に新しい手形債権者として現われるのである<sup>④</sup>。

Affolter<sup>⑤</sup>は、手形に対する所有権の取得は次に述べる 変容を伴うがただ一般私法にしたがってのみ決定されるという見地に立脚する。その変容とは、善意の占有取得者は譲渡人が無権利者である時も権利者となるが、けれども無権利者である譲渡人に資格が欠けるときには善意は排除せられているというのである。彼の意見はこうなのである。即ち、債権取得はただ所有権取得の事実のみにかかっているが、取得者即ち債権者の債権取得に向けられた意思は不要である、とこうである。<sup>⑥</sup>「所有権の譲渡は、裏書を伴わなくても手形より生じるすべての権利の移転をもたらす。」<sup>⑦</sup>「表示 (Erklärung) としての裏書は譲渡自体或は譲渡の前提要件<sup>⑧</sup>ではなくてなされた (geschehen) 譲渡の単なる証拠にすぎないのである。漸次、この関係を自覚するものが少なくなり、裏書は譲渡自体だとの見方に傾いていった。こういう見地からドイツ手形条例 第10条の体裁 (die Fassung des Art. 10) が成立したのである。他方、ドイツ手形条例の内容から裏書表示の所有権譲渡からの独立性 (die Unabhängigkeit des Indossamentserklärung von der Eigentumsübertragung) が明瞭にでてくるのである。手形上の表示 (Wechselerklärung) としての裏書と所有権譲渡行為、この両者の間には、何らの本質的連関も存しない。換言すれば、実際の事情から、原則として両者が邂逅するというだけにすぎないのである。」<sup>⑨</sup>

Fuß<sup>⑩</sup> は、彼が詳細に敷衍する論述に基づいて完全裏書は手形に対する所有権及び手形から生じる権利を移転するのではなく、かえって単に、「形式的諸資格の総体」のみを移転するとの結論に至るのである<sup>⑪</sup>。

① Thöl, Das Handelsrecht, 6. Aufl., S. 287, 296.

② Thöl, a. a. O., II. S. 79 ff., besonders S. 86.

③④ Rehfeldt, a. a. O., S. 59.

⑤ Affolter, Wechseleigenthum und Wechselforderung, in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 39, S. 389.

⑥ Affolter, Zur Theorie der Inhaberpapiere und des Wechsels, in derselben Zeitschrift, Bd. 37, S. 478, 481.

⑦ Zeitschrift, Bd. 39, S. 388.

⑧ Vgl. Scharf, Über einige Fragen des Wertpapierrechts, Jenaer Inaugural-Dissertation, 1903, S. 96.

⑨ Zeitschrift, Bd. 39, S. 388.

⑩ Wolfes, Der Begriff des Eigentums am Wechsel, S. 62.

Ⅲ. 裏書の移転作用を認める学説は、また裏書以外の方法による譲渡を認める学説とこれを認めない学説にわかちうと考える。当該標準については、これにふれていない学説も存している。

そしてこの問題を肯定する学説は勿論、裏書のない場合は裏書譲渡に伴う特殊の効力はこれを伴わないと解しているのである。

(1) 裏書以外の方法による譲渡を認める学説は、現代のドイツのすべての学説<sup>①</sup>である。

ドイツでは、Goldschmidtは手形に対する所有権は「手形法的行為 (wechselrechtliche Akte)」によってのみ取得せられうる<sup>②</sup>という彼の最初の見解を後に断念している<sup>③</sup>し、Cansteinは手形法的所有権取得以外にさらに民商法原理により手形に対する所有権の取得を認めるのである<sup>④</sup>。Rehfeldt<sup>⑤</sup>は手形に化体する権利も原理的には金銭債権と同様に譲渡しうるが、当該譲渡行為の効果はドイツ民法第398条以下殊に第404条にのみ従うとする。

彼は化体作用の本質を証券によって資格づけられている者のみが権利を主張しうるほどに証券と権利が結合している点に見出している。しかし化体作用はいかなる移転作用乃至方法によるかまでに関しないのであって、ここに公信力ある有価証券と単純な有価証券との区別標準が存するのであり、単純な有価証券の譲渡は単純な債務証券に適用されるドイツ民法第952条の適用によるのである<sup>⑥</sup>。従って証券に対する所有権は化体する権利の帰属に従うのである。故に化体する権利そのものは債権法原理に従い移転し、証券に対する権利は証券より生じる権利に従うという公式によるのである。

とまれ、彼によると、手形上の権利は手形法的譲渡以外の方法によっても譲渡しうるがそれは前段に述べた譲渡方法たる本質を有するのである。前段で、化体する権利そのものは債権法原理に従い移転する……といったが、これに証券の引渡を要件とするか否かは争われており、この点につき彼は、証券と権利の密接な結合の故に証券なくして権利の主張は不能であると共に権利流通の明確性の利益の下にこの問題を積極的に解している<sup>⑦</sup>。この点につき、R. G. (88, 290 ff.) も積極的に解している。

しかし彼は、それはともかく有価証券の取得者は証券の交付なくして当該行為を実行することは殆んどないであろうし、万が一にもこういうことをしそれが有効だと仮定しても、証券上の権利取得者はドイツ民法第952条・第985条加うるに第402条に基づき証券交付の(物権的)請求権を取得すると説明している。

J. v. Gierke<sup>⑧</sup>も勿論当該学説の範疇に入る。即ち、指図証券の譲渡は、記名証券の譲渡原理による場合も考えうるが、そういうことは珍らしく実際には問題にならないとしている。

① 古くは反対説もあったが現代は反対説なきに至っている (Baumbach-Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 7. Aufl., 1962, 3 B zu Art 11.)。

② Goldschmidt, Über den Erwerb dinglicher Rechte von dem Nichteigentümer und die Beschränkung der dinglichen Rechtsverfolgung, insbesondere nach handelsrechtlichen Grundsätzen, in seiner Zeitschrift

für das gesamte Handelsrecht, Bd. 8, S. 315 ff.

③ Goldschmidt, Zusatz zu der Abhandlung des Herrn Regierungsrats Dr. Affolter, in derselben Zeitschrift, Bd. 39, S. 433 Ziffer 4.

④ v. Canstein, Wechselrecht, S. 210, 211 mit Anm. 11, 219 ff.

⑤ A. a. O., S. 55, 4.

⑥ 支配的見解である (J. v. Gierke, a. a. O., S. 33.)。

⑦ この問題を積極に解するのが多数説である (J. v. Gierke, a. a. O., S. 34.)。

⑧ A. a. O., S. 28 f., 33 f.

(2) 裏書以外の方法による移転を認めない学説は、筆者の知るかぎり、現在のドイツには存しない。

#### 参 考 文 献

Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht unter Berücksichtigung des ausländischen Rechts, 1956.

Wolfes, Der Begriff des Eigentums am Wechsel.

納富義光・手形法に於ける基本理論